

改正刑法草案(昭和47年案)に対する批判

著者	吉田 常次郎
著者別名	T. Yoshida
雑誌名	東洋法学
巻	18
号	1
ページ	p43-70
発行年	1975-01
URL	http://id.nii.ac.jp/1060/00006076/

改正刑法草案(昭和四七年案)に対する批判

吉田 常次郎

はじめに

現行刑法典を全面的に改正する必要があるかどうかは問題であるがそれは暫らく措きここでは同草案中問題となる
と考える規定のみについて検討することにする。草案はいわゆる仮案・準備草案を根本において踏襲したもので準備
草案に対しては己に愚見を開陳した——総則については法曹時報第一六卷第三号、各則については法学新報七〇卷九
号。

一 総 則

1 草案は刑法の場所的効力につき属地主義を採用し国外犯罪につき四条ないし七条において規定しているが外国
人が日本の国旗国章を損壊する行為についてはわが刑法の効力が及ばないことになっている。これは不備である。⁽¹⁾ 外
国人が国外における日本の商社の業務を妨害する行為についても同様であると考ええる。

1 最近の韓国における韓国人の日本大使館へ乱入し、国旗の損壊等の行為を想起せよ。

2 草案第二章は一二条において不作為による作為犯について規定している。同条はことさらに云々というてい

が過失による場合を除外する趣旨のようである。これは不当であろう。

また第一三条の正当行為の規定は不要であろう。これは明文をまつまでもないことである。

第四條の正当防衛第一五條の緊急避難の規定において、正当防衛の目的・緊急避難の目的をもつてすることを明確に規定すべきであろう。またこれらの規定において「やむを得ない云々の字句を用いている。現行法も同様であるが、解釈として説が分かれ正当防衛については必要性、緊急避難については補充性の意義に解している。わたくしは仮案のように相当性あるときに正当防衛・緊急避難の成立があるように規定すべきであると考える。

次に責任能力は故意とひとしく行為当時存在することを要する。これを有する時点において一定の犯行為を行うため自らを責任無能力の状態に陥入れその状態中に犯行を遂行したるとき(*actio libera in causa*) の刑責如何の問題につき草案第一七條は責任無能力者の行為は罰しない旨の規定(一六條)を適用しないことを明定している。これは従来の通説だったが有力な反対論もある。団藤教授並びに平野・平場両氏の刑法改正案批判等。わたくしは通説は不当であると考える。その不当なることは前掲平野・平場両氏編の批判三六頁・三七頁にゆずる。かような著しい学説の分かれている重大な問題は明文をもって解決しないでドイツのように学説判例に委ねるべきであろう。

3 第三章は第二四條において普通の中止犯のほか準中止犯(*tätige Reue*)を規定したのは妥当である。現行法第四三條但書の解釈としても通説判例はこれを包含させているが草案は明文をもって解決したのである。

第二五條は不能犯につき規定している。ただ行為の性質上、結果を発生させることのおよそ不能のものであると云々と規定しているが、行為もしくは目的物の性質上云々と改め、更におよそ不能云々と規定しないで、一般に不能で

あるとき云々と改めるべきであらう。お、よ、そなる表現は一般に(überhaupt)の意味であらうが、絶対、にという意味に解せられるおそれがあるから適切でない。草案は手段の絶対不能の場合のみを不能犯として罰しない趣旨のように誤解されるおそれがある。

4 草案第二二条は結果的加重犯について、結果を予見することが不能であったときは加重犯して処断することはできない旨規定している。現行法はこの点につき規定がないので結果の発生につき予見可能性がなかったときでも判例は結果的加重犯の成立を認めている。草案が予見可能性があったときに限り同罪の成立を認めたのは妥当であるが、わたくしはドイツ刑法のように更に進んで結果の発生につき過失あったことに限るべきであると考える。草案は責任主義を徹底していない。この点は不定期刑を草案第五九条が常習累犯に対し認めていることから論断できる。

5 草案第二七条二項は準備草案第二六条二項を踏襲し、通謀による共同正犯(共謀的共同正犯)を認めている。これは判例を認めたのであるが、共謀さへあれば実行々為を全然担当しなかった者も共同正犯として罰することになる。これは共同正犯と教唆犯との区別を抹殺することになり不当である。判例は共同意思主体説を理論的根拠とするものであるが同説は通説ではないのである。

草案第三一条一項但書は身分のない者も共犯とするがその刑を軽減することができるとしているが現行法準備草案第三〇条一項にはこれに相応する規定がない。現行法や準備草案の方がよいのではなからうか。けだし草案も現行法準備草案とひとしく酌量減刑を認めているからこれで足りる。

総則共犯の章において共同謀議(ドイツ刑法四九条英米法のコンシピラシー)に相応する規定を新設すべきであら

う。謀議はドイツ法のように生命に対する犯罪に限定せず広く生命・身体・建造物等の侵害を目的となし、もしくは他の目的達成の手段とする謀議に加担し、もしくはこれを支援する行為を厳罰する規定を設けるべきであろう。

6 次に刑について検討する。

刑に関する草案の規定が現行法のそれと著しく異なっている点は没収に関する規定である。現行法第九条はこれを附加刑としているが草案第三二条これを刑としないで、第一章第七八条以下において保安処分の性質を有するものとして規定している。すなわち第七八条二項は没収の目的物が犯人以外の者に属するときは、その物が再び犯罪行為を組成し又は犯罪行為の用に供せられるおそれがあるときその他保安上没収を必要とするときに限りこれを没収することができると規定し、没収の保安処分的性質を明定している。ただし妥当である。また第八〇条は責任能力又は責任年齢の規定により行為者を罰することができない場合でも没収ができるとして、更に第八二条はその要件が存するときは行為者に対し訴追又は有罪の言渡がない場合においてもこれを言渡すことができる旨規定している。何れも適切妥当である。なお第八四条は没収すべき物が第三者の所有に属し又は第三者の物権を負担しているときは国家は原則として、その損害に対し補償すべき旨規定している。これも妥当である。

第三二条は刑の種類は死刑・懲役・禁固・罰金・拘留・科料の六つとして第三三条は軽重は前条記載の順序によるとしている。但し無期禁固は有期懲役より重しとし、有期禁固の長期が有期懲役の長期を越えるときも禁固の方が重いとする旨規定している。―現行法第一〇条は有期禁固の長期が有期懲役の長期の二倍を超ゆるときは禁固を重しとしているが、この点は再考の余地があると考ええる。

死刑は絞首して執行する（草案第三四条・現行法第一条）。死刑は早晚廃止されると考える。現時は一般予防のうえから必要であるが、せめてその執行方法はガス殺にすべきであると考える。台湾政府の刑法でさへも電気殺を認めているのである。また死刑の判決確定後直ちにこれを執行せず、数カ月行為者を刑事施設に拘留して犯人の行状を観察し、改悛の情顕著であるときは刑を緩和し、無期又は有期刑に軽減する旨の規定を設くべきであろう。

草案が第三五条以下において有期の懲役・禁固の短期を長くし三月としたのは妥当である。現行法は短期を一月としているのは不当である。―ちなみにいう。現行法も草案も有期刑につき、以上、以下という表現を用いているがこれは―を越ゆる又はこれに満たないという表現を用うべきである。

有期の懲役、禁固はこれを加重するときは二〇年に至ることができ、これを軽減するときは三月未満に下すことができる（草案三七条）。現行法一四条も大体同じであるが、これを軽減するときは一月以下に降すことができる。準備草案三七条は軽減については規定していない。この方が妥当ではなからうか。草案や現行法によると拘留の拘留期間と懲役・禁固のそれとが同一になることがある。再検討すべきではなからうか。

罰金は一万円以上とする。但しこれを軽減するときは一万円未満にすることができる（草案第三八条）。料金は五百円以上一万円未満である（草案第四一条）。これらの規定によると罰金を軽減し九千円とする場合と料料九千円に処する場合とが同一になり、罰金は料料より重いとすると草案第三三条の規定に反すると考える。

7 草案第四八条は刑の適用について規定しその一項において刑は犯人の責任に依じて量定しなければならない。二項において刑の適用にあたっては犯人の年齢・性格・経歴及び環境、犯罪の動機、方法・結果及び社会的影響・犯

罪後における犯人の態度その他の事情を考量し犯罪の抑制及び犯人の改善更正に役立つことを目的としなければならない。三項において死刑の適用は特に慎重でなければならぬと規定している。

一項が責任主義を宣明しているのは妥当である。⁽¹⁾二項は大体において妥当であるが一般予防に重きをおき過ぎる嫌疑がある。社会的影響は犯人の予見又はその可能性あったものに限るべきである。その予見・可能性のなかったものは天災地変と同視すべきで刑の量定にあたり考量すべきではない。三項は言わずもがなの規定である。

右一、二項は準備草案第四七条一〇二項と同旨である。準備草案第四八条は罰金及び科料の適用について犯人の資産の収入その他の経済事情をも考量すべき旨規定しているが、これも当然のことで草案が特にこれについて規定しないのは賢明である。

1 草案は責任主義を徹底していない。前述の結果的加重犯に関する規定（二二条）後述の不定期刑に関する規定（五九条）の如きは、その例である。

8 草案第四九条は自首・首服について規定し、発覚後のそれについても裁量減軽を認めている。この点が現行法第四二条と異り、妥当である。更に進んで公判廷における自由について刑を軽減できる旨規定し、裁判の迅速を期すべきではないだろうか。

9 草案第五四年は加減の順序について規定し、現行法第七二条と異なり、法律上の軽減を第一位、累犯加重を第二位にしている。現行法七二条はその逆である。草案の規定は法定刑のいかんによっては犯人に不利益な結果を招来し、不当であると考ええる。

10 草案五六条一項は禁固以上の刑に処せられた者が刑の執行を終り、もしくはその執行を免除されるまで又はその後五年内に更に罪を犯し、有期の懲役又は禁固に処すべきときはこれを累犯とする。二項は禁固以上の刑に処せられ、その執行を猶予された者が猶予期間内に罪を犯し、有期の懲役又は禁固に処すべきときも前項と同じであると規定している。わたくしは一項の「もしくははその執行を免除されるまで又はその後」の字句を不敏にしてよく理解し得ない。現行法五六条のようにもしくはは執行の免除ありた日よりと簡明に規定すべきであらう。二項は特別執行猶予を認める草案第六八条三項の規定の精神と矛盾すると考える。

草案第五八条は常習累犯の定義を規定し、第五九条は常習累犯者に対し不定期役を言渡すことができる旨規定している。

現行法も不定期刑を少年法において認めているが、元来不定期間刑は責任主義に反する。仮りに不定期刑は確定刑より犯人の改善更正に一層効果的であるとしても確定刑は仮釈放制度の活用によりこれを不定期刑化することができるのである。不定期刑であるから犯人の改善更正の効果がより大であるのではなく、犯人に対する刑の執行公務員の親切且つ適正の指導が効果があるのである。確定刑の犯人に対してもこれは同じであると考える。

11 草案は第六〇条以下において競合犯（現行法の併合罪）について規定している。第六〇条は実質的競合につき、数罪のうち己に確定裁判を受けた禁固以上の刑に処する罪があったときは、その罪とその裁判が確定する前に犯した罪だけを競合犯とする旨規定している。現行法第四五条も同じ。しかし競合犯の規定は後述のように併科主義すなわち一罪一罰の原則よりも犯人に利益であるから・数罪中確定裁判があったときはその罪とその裁判言渡の日より

前に犯した罪とだけを競合犯とすべきであろう。確定前でもその裁判言渡の日以後の罪は同時審判は不可能である。これを競合犯として右の利益を与えるのは不当であるからである。

第六五条は競合犯について二つ以上の確定裁判があったときの刑の執行については併わせて執行する。但しその一つが死刑もしくは無期刑であるときは死刑の場合は他の刑はすべて科せず、無期刑の場合は罰金・科料以外の刑は執行しない旨規定している（一項）。競合犯について有期の懲役・禁固に処する二つ以上の確定裁判あったときの刑の執行に関して犯人に利益な取扱いを規定している。現行法五一一条も草案と同旨であるが草案の規定は詳細で妥当である。

観念的競合につき草案第六七条は、一個の行為によって数個の罪を犯したときは最も重い罪について定めた刑によって統一的に処断する。但し他の罪について定めた刑の下限より軽く処断することはできないと規定している。現行法第五四条と同旨である。現行法では重い罪の刑が軽い罪の刑の下限より軽い場合に、その下限で処断することができるかの疑問があるが草案はその下限より軽く処断することができないと明定した。ただし妥当である。

右規定は統一的に処断する云々と規定している。実質的競合に関する第六一条も統一的に処断するという表現を用いている。立法上実質的競合と観念的競合を統一的に処断すべきや否やは大問題で、すなわち単一刑の問題があるのである。しかし草案は実質的競合を観念的競合より重く犯人に不利益な取り扱いをしている。例えば実質的競合には第六二条（現行法第四七条）の規定の適用はないである。すなわち現行法とひとしく草案は実質的競合と観念的競合を別異に取り扱っているのであるから、草案の統一的云々の表現は両者を別異でなく同様に取り扱うような誤解を生ぜしめるおそれがあり、妥当ではないだろう。むしろこれを削除すべきである。

連続犯に関する規定は現行法では削除されている（昭和二二・法一二四号）。草案も連続犯に関する規定がない。しかし訴訟経済のうえからこれを規定すべきである。準備草案第七一条は包括一罪の規定を設けたのは適切である。曰く。同一の罪名に触れる数個の行為であっても、日時場所の近接、方法の類似・機会の同一・意思の継続その他各行為の間における密接な関係から、その全体を一箇の行為として評価することを相当とするときは、これを包括して一個の行為として処断る。——現行法第五四条一項前段のけん連の規定は包括一罪のうちに包含されないだろう。

12 執行猶予に関し草案は第六八条ないし第七三条において規定している。第六八条一項は普通執行猶予の要件・三項は特別執行猶予についてそれぞれ規定しているがこれは現行法第二五条・一項二項に相応する。ただし、現行法は特別執行猶予の事件として保護観察の期間中更に罪を犯した者は特別執行猶予の恩典に浴しない旨規定し、草案はこの点について特に規定せず、その代わり特別執行猶予は一回に限ることを明定している。

猶予期間を無事経過したときは草案第七三条は現行法第二七条とひとしく刑の言渡は、その効力を失う旨規定している。すなわち法律上当然直ちに罪刑ともに滅するものとしている。草案第七三条二項は例外を設け、猶予期間が経過した後でも一定の要件のもとに猶予の言渡を取消し得る旨規定している。準備草案第八三条も同じである。しかしこの例外規定は検討の余地があると考える。この改正は犯人に非常の不利益を招くのである。猶予期間内に訴追された罪に対する有罪確定判決の刑を執行すれば足りるのである。猶予期間を無事経過した罪の刑まで復活させる必要がないのではなからうか。

猶予の言渡をする場合には犯人を保護観察に付することができる（草案第六九条）。現行法第二五条の二も同じ。

但し同条はその必要的保護觀を特別執行猶予の場合に認めている。執行猶予の取消についても必要的と裁量的の二種がある（草案第七十一条第七二条）。現行法も同じ（現行法第二六条・同条の二。）

13 判決の宣告猶予の制度を草案第七四条は新たに設けた。もっともこれは六月以下の懲役・禁固等の輕微な刑を言渡す場合である。宣告猶予期間は六月以上二年以下である。準備草案第八四条も同じである。現行法には存しない。新設規定は屋上屋を重ねる嫌いがある。己に執行猶予のほか微罪不起訴処分（刑法第二四八条）があるのである。宣告猶予は犯人に利益のようであるが必ずしもそうでない。宣告猶予のときは刑の執行猶予は許されないのである。（草案第七四二条二項）。そして宣告を猶予されても猶予期間内に於いて犯した罪により刑に処せられたきは判決を宣告するのである（草案第七六条一項）。殊に草案が宣告猶予期間内に犯した罪の大小を問わず、またこれに対する刑の輕重を顧みないのであるから、判決宣告懲予の制度は一考を要する。

14 草案は第八五条ないし第九一条において仮釈放について規定している。現行法第五章の仮出獄の規定に相應する。草案は不定期を認めたから第八五条二項において不定期刑の短期を經過した後又は長期の三分の一を經過した後これをなし得べく、この場合、長期に至るまでの期間を殘存期間とする旨規定している。仮釈放は行政官庁の処分するのである。

草案第八六条一項、二項の規定は新設であるが妥当である。犯人に利益は規定である。

草案第八七条の一項は仮釈放の期間は殘刑期間とする旨規定し、二項は仮釈放を許された者は仮釈放の期間中保護觀察に付する。但し、仮釈放を許した行政官庁がその必要なしと認めたときはこの限りではない旨規定している。

草案第八八条は仮釈の取消について規定している。現行法第二九条に同じ。仮釈放の取消は必要的で、裁量による取消は許されないのである。

草案第八九条は期間経過の効力について規定し、仮釈放処分を取消されることなく同条一号もしくは二号に該当するときは刑の執行を終ったものとする旨規定している。二項は無期刑について仮釈放を許された者がその処分を取消されないで一〇年を経過したときも前項と同じである。三項は不定期刑について仮釈放を許されたる者に対しては短期を経過した後は長期に至らない前に刑の執行を終ったものとする旨規定している。

草案第九〇条は二個以上の自由刑と仮釈放について規定している。一項は二個以上の懲役又は禁固の執行を受ける者については第八五条によりそれぞれの刑について経過すべき期間を合算した期間を経過したとき仮釈放の処分ができる。二項は二つ以上の懲役又は禁固について仮釈放を許された者の仮釈放の期間は全部の刑の残存期間を合算した期間とする。この場合、前条一項二号、二項又は三項の規定により刑の執行を終ったものとされるまでに経過すべき期間はそれぞれの刑について経過することを要する期間を合算した期間とする旨規定している。⁽¹⁾

草案第九一条は拘留に処せられた者及び罰金もしくは科料を完納できなかったため滞納留置に付せられた者は情状により何時でも行政官庁の処分によって釈放することができる。この場合には刑の執行を終ったものとする旨規定している。現行法第三〇条に相應するが同条は単に仮に出場に許することができる旨規定している。

1 第九〇条に相應する規定は準備草案、現行法には存しない。草案がこれを明らかに規定したのは妥当である。現行法の下では行政官庁が實際上草案と同様の取扱いをしているのであると考えるが、全国において統一

的にすることは困難だろう。

15 保護觀察について草案は保安処分と別の章で規定しているが、これは保安処分の性質を有するから保安処分の章で規定すべきである。

保護觀察は現行刑法典において規定していないが執行猶予者保護觀察法・犯罪者予防更正法等において散在的に規定している。草案はこれを刑法典において統一的に規定したのである。

草案第九二条一項は保護觀察はこれに付せられた者が自ら改善更正に努力するように行政官庁において援助し・指導し及び監督することによってこれを行う。二項は保護觀察は別に法律で定めるところにより遵守事項を遵守しなければならぬ旨規定している。¹⁾この規定は自ら改善更正に努力するように行政指導することを強調しているが、まことに妥当である。

1 保護觀察の遵守事項については已にその要綱案ができています。一般的遵守事項は一、健全な生活態度を保持し保護觀察実施者の指導監督に服すること二、一定の住居に居住し、正業に従事すること三、転居又は長期の旅行をするときは保護觀察者の了解を得ること。その他いかがわしい場所に入入りし又は素行不良の者と交際せずまた酒類を過度に飲用しないこと等々である。

草案第九三条は行政官庁の処分をもって仮りに保護觀察を解除し得べく、本人の行状により再び保護觀察を相当と認めるときは仮解除を取消できる旨規定し、第九四条は保護觀察に付せられた者の改善更正の目的を達したと認められる状況があるときは行政官庁の処分で保護觀察を解除することができる。但し刑の執行又は判決の宣告を猶予され

た者については裁判所の承認を得なければならない旨規定している。

16 確定刑罰権の時効（刑の時効）について草案は第九五条以下において規定している。現行法第三一条以下の規定に相応する。刑の時効によってその執行を免除されるのである。時効期間は第九六条において規定し、現行法第三二条と同様であるが草案は不定期の時効はその長期を基準として定むべき旨規定している―現行法は不定期刑を認めないからこれに関する時効期間の規定もない。

草案第九七条は執行を猶予又は停止しその他法令により執行しない期間は進行ししない旨規定している。現行法第三四条に相応する。時効は罰金、科料以外の刑の時効は執行のため犯人を逮捕することにより、罰金科料の時効は執行行為をすることによって中断する（草案第九八条現行法第一〇六条）。

未確定刑罰権（公訴権）の時効は草案も現行法も刑事訴訟法に委ている。刑訴法は時効の停止を規定（刑訴法第二五四条）している。刑の時効も中断でなく、停止とすべきであろう。中断だと逮捕までに経過した期間は無駄に帰し、停止だと、己に経過した期間は無駄にならないのである。

草案第一〇〇条は刑の消滅について規定している。現行三四条の二に相応する。現行法よりも多少被告人に利益になっている。現行法は罰金以上の刑に処せられることなく云々としているが草案は禁固以上の刑に処せられることなく云々と規定している。現行法では罰金に処せられた者も刑の消滅の恩典に浴しないのである。

17 草案第一章は保安処分について規定している。草案一〇一条は単に治療処分と禁絶処分の二種だけを認めている。まことに貧弱である。準備草案も同じ。仮案のようにこれを豊饒にする必要があると考える。この点は拙稿

「保安処分」（法学新報第六九卷一二号）にゆずり、左に草案の採用する保安処分について検討する。

第一〇一条 保安処分は治療処分及び禁絶処分の二種で裁判所においてその言渡をする。

有罪の裁判又は責任無能力のため無罪の裁判の宣告と同時にこれを言渡す。訴追がない場合には独立の手続でその言渡をすることができる。

第一〇二条 精神の障害により一六条一項（責任能力）に規定する能力のない者又はその能力の著しく低い者が禁固以上の刑にあたる行為をした場合において治療及び看護を加えなければ将来再び禁固以上の刑にあたる行為をするおそれがあり、保安上必要があると認められるときは治安処分に付する旨の言渡をすることができる。しかし禁固以上の刑にあたる罪を犯した者に限らず、また将来禁固以上の刑にあたる罪を犯す者だけに制限する必要はないだろう。

第一〇三条 治療処分に付せられた者は保安施設に收容し治療及び看護のために必要な処置を行なう。

第一〇四条一項 治療分による收容の期間は三年とする。但し必要があると認めるときは二年ごとに、これを更新することができる。

同条二項 前項但書による收容期間の更新は二回を限度とする。但し、死刑又は無期もしくは短期二年以上の逮役にあたる行為をするおそれのあることが顕著なものについてはこの限りでない。―懲役に限定しないで禁固にあたる行為をする者にも無制限に更新を許すべきであろう。

第一〇五条 過度に飲酒し又は麻薬・覚せい剤その他の薬物を使用する習癖のある者が禁固以上の刑にあたる行為をした場合において、その習癖を除かなければ将来再び禁固以上の刑にあたる行為をするおそれがあり保安上必要が

あると認められるときは禁絶処分に付することができる。罰金以下の罪にも禁絶処分が必要であらう。

第一〇六条 禁絶処分に付せられた者は保安施設に收容し、飲酒又は藥物使用の習癖を除くために必要な処置を行なう。

第一〇七条 禁絶処分による收容の期間は一年とする但し裁判所は必要があると認めるときは二回に限りこれを更新することができる。更新は二回に限定するのは問題である。

第一〇八条 保安施設に收容された者は何時でも、行政官庁の処分によって、仮り退所させることができる。

第一〇九条 保安施設に收容された者について第一〇四条又は第一〇七条の規定による期間が経過したときは、これを退所させなければならない。

第一一〇条一項 前二条の規定により仮退所を許されたる者又は退所した者はこれを療護觀察に付する。その期間は二年とする。

同条二項 仮退所を許されて療護觀察に付せられた者について再收容を必要とする状況があるときは行政官庁はこれを再び保安施設に收容できる。

同条三項 前項の規定による再收容の期間は第一〇四条又は一〇七条の規定により定められた期間から仮退所前の收容期間を控除した期間とする。但しこれらの規定による更新を妨げない。

第一一一條一項 療護觀察に付せられた者について保安処分の執行をする必要がなくなったときは、行政官庁の処分によって保安処分の執行を終わったものとすることができる。

同条二項 仮退所を許されて療護觀察に付せられた者が再び保安施設に收容されることなく療護觀察の期間を経過したときは保安処分執行を終わったものとする。退所後療護觀察に付せられた者が療護觀察の期間を経過したときも同じである。

第一一二条 懲役・禁固又は拘留にあわせて保安処分に付する旨の言渡を受けた者に対しては、刑を先に執行する。但し裁判所はその言渡に際し保安処分を先に執行することを命ずることができる。

第一一三条一項 懲役又は禁固の執行を受けている者に対し保安処分執行を必要とする状況があるときは裁判所は刑の執行を停止して保安処分を執行することを命ずることができる。

同条二項 懲役・禁固につき仮釈放を許された者について保安施設への收容を必要とする特別の状況があるときは、裁判所は保安施設に收容することを命ずることができる。この場合にも仮釈放の期間はその進行を停止しない。

同条三項 保安処分執行を受けている者について刑の執行を必要とする状況があるときは裁判所は保安処分解除し又はその執行を停止して、刑を執行することを命ずることができる。

第一一四条一項 刑の執行を受けた者について保安処分を執行する必要がなくなったと認められるときは、裁判所は保安処分を解除することができる。

同条二項 保安処分執行を受けた者について、刑を執行する必要がなくなったと認められるときは裁判所は刑の執行の全部又は一部を免除することができる。

第一一五条一項 保安処分言渡が確定した後三年間その執行をしなかったときは裁判所の許可を得なければこれ

を執行することができない。

同条二項 刑にあわせて保安処分に付する旨の言渡を受けた者については刑の執行のため刑事施設に拘置中又は收容中の期間は前項の期間に算入しない。

以上は草案において規定する保安処分で、その種数は二種に過ぎない更にこれを充実する必要がある。少くとも仮案の規定する労作処分、予防処分を認むべきであろう。

18 草案は第一一六条ないし第一二〇条において期間の計算、刑期の計算、刑執行の初日、釈放の日時、滞納留置及び保安処の期間について規定している。現行法第三章の規定と同趣旨である。もっとも現行法には保安処分の規定がないからこれに関する草案第一二〇条に相應する規定がない。

二 各 則

草案は現行刑法典の規定する犯罪類型のほか特別法に規定する犯罪類型を規定しているからその数はばう大である。その全部にわたり検討することは紙面を浪費するから左に重要と考えるもののみについて検討することにする。

19 草案は第一二二条において内乱に関する罪について規定している。現行法第七七条に相應する。現行法は古典的の難解の字句を用いているが草案は理解しやすい表現を用い且つ現行法では経済的もしくは宗教的基本制度の変革を目的とする多衆の暴動が内乱罪となるかどうかについて疑義があるが草案は広く日本国憲法の認める国家の基本秩序の変革を目的とする暴動は内外罪とする旨規定している。けだし妥当の改正である。

付和隨行の未遂は現行法では罰しないが草案はこれをも罰することになっている。この点は検討の余地がある。

国旗その他国章の損壊・除去の罪を設け相当重く罰することにし、国の内外を問わず、犯人の国籍を区別せずこれを罰することにすべきであると考え。最近の前田中首相の東南亜諸国訪問に際し並びに韓国におけるわが大使館の国旗の損壊事件に鑑み特にその必要を痛感する。ドイツ刑法九〇条の参照。

20 草案第一三六条ないし第一三八条公は公務員・特別公務員の職権濫用、暴行陵虐について規定している。現行法第一九三条ないし第一九五条に相應する。草案は公務員の職権濫用に対する刑は現行法より重くしているが、更に重くする必要がある。

草案第一三九条は前二条の罪を犯し、因って人を傷害せしめたときと死亡せしめたときとを区別して刑を定めている。現行法第一九六条に相應するが、傷害のときと死亡のときとを区別していない。草案の規定が妥当である。

草案第一四〇条は公務員又は公務員であつた者が職務上知つた機密を漏らした行為を三年以下の懲役又は禁固に処する旨規定している。ただし正当であるが機密には重要性の程度が異なるから有期刑と選択的に一定の罰金に処することとすべきであろう。国家公務員法第一〇九条は一年以下の懲役又は三万円以下の罰金に処することになっている。地方公務員法第六〇条も同じ。現行法のように罰金を選択的に規定すべきである。

21 公務員の贈収賄について草案は第一四一条ないし第一四八条において規定している。現行法第一九七条ないし第一九八条に相應する。草案は仲裁人を除外している。また草案は事後収賄（第一四四条）の刑を重くし、現行法第一九七条の三の三項は三年以下の懲役であるが、これを五年以下の懲役としている。周施収賄（第一四五条）につい

ても同じ（現行法第一九七条の四）

草案第一四六条はいわゆる周施第三者収賄について規定し、その刑を三年以下の懲役としている。第一四二条・第一四五条の罪に対する刑が五年以下の懲役であるのに比べ軽きに失する。五年以上の懲役とすべきであろう。

国会議員が政党の総裁もしくは委員長の選挙に関し賄賂を要求し、これを供与する行為並びにこれを收受する行為及び選挙後これを収授した行為を厳罰する規定を新設すべきであると考ええる。

22 公害罪につき草案第二一二条は毒物その他健康に害のある物を放出し、投棄し、散布し又は流出させて、大気、土壌又は河川その他の公共の水域を汚染し、公衆の生命又は人の身体に対する危険を生ぜしめた者は五年以下の懲役に処する。第二一三条は前条の罪を犯し、その結果人を傷害した者は一〇年以下の懲役、人を死亡させたときは三年以上の有期懲役に処する。第二一五条二項は過失による第二一二条を犯した者は一年以下の禁固又は二〇万円以下の罰金に処する。業務上必要な注意を怠って右の罪を犯しもしくは重大な過失によってこれを犯したときは三年以上懲役又は三〇万円以下の罰金に処すると。現行法にはこれに相応する規定がない。昭和四五年法律一四二号は公害犯罪について規定している。右法律は、人の健康に係る公害犯罪の処罰に関する法律と称する。簡単に公害犯罪処罰法と呼ぶことにする。ちなみに言う。本稿の対象たる草案は昭和四七年に発表されたもので公害犯罪処罰法よりも後にできたのである。左に簡単に両者の相違点について検討する。

公害犯罪においても行為と結果の因果関係が必要であるが、公害犯罪においてはその立証が非常に困難である。公害犯罪処罰法は推定規定を設けている。第五条に曰く、工場又は事業場における事業活動に伴い当該排出のみによっ

て公衆の生命又は身体に危険が生じ得る程度に人の健康を害する排出した場合において、その排出により、そのような危険が生じ得る地域内に同種の物質による公衆の生命又は身体の危険が生じているときは、その危険はその者の排出した物質によって生じたものと推定する。推定規定は刑法上なるべく避けるべきであるが公害犯罪においてはこれを設けるのも己むを得ないだろう。草案はこれを設けないのは一考を要する。また複合公害の場合には刑法第二〇七条の同時犯が共犯側によるべき旨の規定を設ける必要であると考ええる。更に両罰規定を設ける必要があろう。公害犯罪処罰法第四条は両罰規定を設けているが草案はその規定を設けていないのは不備であると考ええる。

23 草案第一章は文書偽造の罪について規定している。まず国事に関する天皇の文書の偽造変造を一年以上の有期懲役に処し（第二二九条）その行使をこれと同一の刑に処する旨を規定している（第二三三条）。現行法は第一五四条はいわゆる宸翰たると詔書たるとを区別しないでその偽造・変造を無期又は三年以上の懲役に処し、その行使も同一の刑に処している（第一五八条）。草案の刑は現行法より遥かに軽く公文書の偽造・行使より重い。文書偽造に關しては天皇の日本国の象徴たる地位を顧慮したのであろう。ちなみに言う。天皇に対する殺人傷害・名誉毀損侮辱については草案はこれを顧慮していない。これは不統一である。

私文書の無形偽造の犯罪主体については草案第二三五条は歯科医師・助産婦を加えている。

公文書の偽造・変造・行使と私文書の偽造等に対する刑は草案は現行法とひとしく前者の刑は後者のそれよりも重い。ドイツ刑法はこれを区別していない。立法者は国民一般に官尊民卑の封建的思想が現代でも残存していると考えているのであろう。

なお図画の偽造等の規定は草案も現行法もこれを罰しているが現代では交通取引においてこれを使用するものは皆無に近いだろう。図画による意思表示の難解の例を幸田露伴は『蝸牛庵夜話』において掲げている。

24 草案第十九章は署名・押印偽造の罪について規定している。現行法第十九章と大体において同じである。ただ現行法の印章には印形並びにその押捺による影蹟を包むかにつき疑いがある。草案は押印と印形の字句を用い、押印は影蹟を意味し、印形は押捺により影蹟を出させる物件を意味することを明らかにしている。

記号については草案は現行法とひとしく公務所のその偽造・行使だけを罰している。個人の記号の偽造・行使については明文がない。現行法も同様である。（草案第二四二条、現行法第一六六条）。ドイツ刑法第二六八条は公務所の記号と個人のそれとを区別しないで罰している。記号の意義についてわが国では学説分かれ判例も一貫していない。わたくしはドイツ刑法第二六八条第二項の定義が妥当であると考え。曰く、記号とは日附・数量値・全部もしくは一部が技術的設備により実現された出来事の過程の表現の技術的記載で、記載の対象が一般的もしくは専門家に認識され得べく、かつ法律上重要な事実を証明する目的を有するものをいう。その目的が己に行爲當時有するか、その後はじめて与えられるかを区別しない。

25 草案第二四章は傷害及び暴行の罪について規定している。現行法第二〇四条は重傷と軽傷を区別していない。草案第二六三条は軽傷について、第二六五条は重傷害について規定している。これを区別するのが妥当である。前者に対する刑は七年以下懲役・二〇万以下の罰金又は拘留で、後者に対する刑は一年以上の一〇年以下の懲役である。傷害致死に対する刑は二年以上の有期懲役である（草案第二六六条）。

草案第二六七条は銃砲又は刀剣類を用いて傷害したときは一年以上一〇年以下の懲役に処し、その未遂も罰している。同第二六八条は多衆の傷害暴行について規定している。現行刑法典にはないが暴力行為等処罰に関する法律第一条にはこれに相應する規定がある。草案第二六九条は常習傷害、暴行について規定している。前記特別法第一条の三に相應する。これらの規定を草案が刑法典に導入したのは妥当である。

草案第二七〇条は同時傷害の場合は共謀がなくても共犯の例による旨規定している。現行法第二〇七条に相應するが、死亡の結果を生ぜしめた場合も同時犯は共犯の例によるべき旨明定すべきである。

草案第二七二条は凶器準備集合の罪について規定している。現行法第二〇八条の二に相應する。妥当の規定であるが進んでかような罪を犯す目的で人を結合する行為を罰する規定を新設すべきである。

草案第二七三条は凶器鬭争の申込、承諾の罪について規定している。これは決闘罪に関する件（明治二二年法律第三四号）第一条に相應する。

26 草案は第三章において窃盜及び強盜の罪について規定している。現行法第三章の規定と大体において同じである。両者ともに不法領得の目的をもってすることを要するかについてふれていないが、その目的を要することを明らかに規定すべきであろう。

草案第三二五条は人の住居又は看守する建造物に侵入し、又は凶器を携えもしくは二人以上共同して窃盜をしたときは刑を加重している。盜犯等の防止及び処分に関する法律第二条の規定を整備して刑法典に導入したのである。

草案第三二六条は不動産侵奪について規定している。現行法第三二五条の二に同じ。

草案第三二七条は自動車等の不法の一時使用を三年以下の懲役一〇万円以下の罰金もしくは拘留に処する旨規定している。

草案第三二八条は暴行脅迫を用いて他人の財物を強取し又は意識不明その他抵抗不能の状態に陥れて財物を盗取したときを三年以上の有期徒刑に処する旨規定している。これは現行法第二三六条の強盜の罪と第二九条の昏酔強盜の罪を合一して規定したものである。現行法の刑は五年以上の有期徒刑であるが草案は三年以上の有期徒刑で珍らしく草案の刑の方が軽い。

草案第三三〇条の事後強盜の規定は現行法第二三八条の規定に相応している。

草案第三三一条は強盜致傷罪について規定し、現行法第二四〇条の前段に相応する。刑は現行法より選択刑の有期徒刑の短期の方が一年だけ短くなっている。それでも無期懲役にも処し得ることになっているから、傷害は重傷害のときに限るべきものと考ええる。ドイツ刑法では強盜致傷罪については刑を加重していないのである。強姦致傷の場合は草案も現行法も別段刑を加重していないことを比較研究すべきである。

第三三二条は強盜犯人が殺意をもって人を殺したときは死刑又は無期懲役に処する旨規定している。現行法第二四〇条後段に相後する。同規定の解釈として、通説判例は殺意ある場合も同規定に包含するとしているが草案は殺意あるときは第三三二条により死刑又は無期懲役に、殺意ないときは第三三一条の後段で無期又は十年以上の懲役の刑をもって処断することを明らかにしたのである。

強姦致死の草案第三三三条二項、現行法第二四一条の規定は殺意なかった場合で、殺意があったときは強盜強姦罪

と殺人罪との観念的競合として論ずるのである。

草案第三三五条は第三二四条ないし第三三〇条、第三三二条及び第三三三条一項の未遂はこれを罰するとし、強盜予備は第三三七条で三年以下の懲役に処する旨規定していしている。現行法第二三七条では二年以下の懲役である。草案第三三六条は常習強盜について規定している。盜犯等の防止及び処分に関する法律第二条第三条の規定に相應する。

親族相盜にす關る草案第三三八条の規定は現行法第二四四条に相應するが多少異なる。その条文は解説するまでもなく明らかであるから、省略する。現行法は一定の親族には必ず刑を免除しているが草案は同居の親族を除外し、かつ免除は裁量に委ねている。草案が妥当である。

27 草案は第三七章に詐欺の罪について規定を設けている。現行法は第三七章のうちに詐欺罪・恐喝罪・背任罪の規定を設けている。草案は恐喝罪は第三八章において、背任罪は第三九章において横領罪とともに規定している。

詐欺・恐喝は不法利得の目的を要件とするかについては問題がある。わが国の通説は消極に解しているがドイツ刑法第二六三条は詐欺罪においては自己もしくは第三者に不法の利益を与える目的をもってすることを要する旨第二五三条は恐喝罪も自己もしくは第三者に不法に利益を与える目的をもってすることを要する旨規定している。

詐欺・恐喝は強盜と異なり、相手方の全財産状態を低下せしめたとき限りその既遂となるかは問題である。わが国の通説は判例はこれを反対に解しているが、わたくしは詐欺・恐喝は背任罪とひとしく、財産を全体として低下させたに限り既遂となり、そうでないときは未遂として処断すべきであると考える。しかし不法利得の目的や全体と

して財産の侵害を要するかの問題は研究の余地がある。

準詐欺（草案第三四一条・現行第二四八条）は普通詐欺とひとしく一〇年以下の懲役に処しているが、準詐欺は犯情が重いから詐欺より重く罰すべきであらう。

草案第三四二条は營業的詐欺（正常な企業又は健全な経営を仮装し公衆に対する広告を用いる詐欺）は一年以上の有期懲役に処する旨規定している。これは新設であるがまことに妥当な規定である。

草案第三四三条は自動設備の不正利用・無賃乗車は三年以下の懲役二〇万円以下の罰金、拘留又は科料に処する旨規定している。自動設備の不正利用は窃盜の性質を有し、無賃乗車も事情により窃盜として論べき場合があると考えらる。

草案第三四三条は前四条の未遂はこれを罰する旨規定している。

草案第三四五条は常習詐欺を嚴罰（二年以上の有欺懲役）に処する旨規定している。同第三四六条は營業的詐欺・常習詐欺も情状により百万円以下の罰金を併科できる旨規定している。ただし妥当である。

次に現行法・準備草案にも刑法改正案にも存せず、各国にもその例がない規定であるが、左の中華民國刑法の規定は新設するのを妥当と考えるから、これを紹介する。

中華民國刑法第一三七条は考試法による考試において詐術その他非法の方法により不正確の結果を発生せしめた者を一年以下の有期徒刑、拘役又は三百元以下の罰金に処する旨を規定している。同法はこれを公務妨害として規定しているが、わたくしは詐欺罪として捉え、かつ国家試験及び公私立の大学その他の試験において不法手段を用いた場

合を処罰する規定を新設すべきであると考ええる。

欺罔手段により他人の財産を侵害して、しかも詐欺罪を構成しない行為がある。中華民國刑法第三五五條は、他人に損害を加える意図をもって欺術により本人は或第三者をして財産上の処分をなさしめ・財産上の損害を生ぜしめたときは三年以下の有期徒刑、拘役或は五百元以下の罰金に処する旨規定している。同法はこれを毀棄損壞罪の章に規定しているが、わたくしはむしろ詐欺罪の章に新たに規定すべきであると考ええる。

28 草案は第三四八條において、恐喝を第三四九條において多衆恐喝（団体もしくは多衆の威力を示し又は現場において二人以上共同して遂行する場合）、第三五〇條において準恐喝の（威迫或は人の私生活もしくは業務の平穩を害する言動により人を困惑させる方法を用うる場合）、第三五一條において常習恐喝を規定している。恐喝・多衆恐喝・準恐喝未遂は罰する。（草案第三五一條）。現行法は二四九條において恐喝罪を規定し二五〇條においてその未遂を罰している。現行法の解釈でも多衆恐喝を罰し得るが刑は普通恐喝と同じである。草案は現行法に比べ刑を非常に重くしている。

また準恐喝は現行法でも罰し得る。草案は刑を七年以下の懲役に止めているが現行法では法定刑は一〇年以下である。準恐喝の刑を恐喝より軽くする理由はどこにあるのか。

草案第三五三條は第三三四條（自己の財物）、第三三八條（親族相盜）及び第三三九條（電気その他のエネルギー）の規定は本章の罪に準用している。親族相盜例を恐喝罪にも準用するのは問題である。恐喝罪には強盜に近い多衆恐喝や常習恐喝もあることを考うべきである。

29 草案は普通背任の罪のほか新たに業務上背任の罪を規定し刑を普通背任罪より重くしている(第三五七条)。贓物に関する罪につき草案は営利目的による場合を重く処罰している(第三六三条)。もとより相当である。しかし常習となす場合も重く罰する必要がある。詐欺・恐喝の罪とひとしく贓物罪を常習としてなす者が多いのである。第四章の損壊の罪において草案は公務所の用に供する文書毀棄を財産犯とみずに公務妨害の罪(第五章)として捉らえ第一五二条において罰しているが、けだし正当である。

境界標の損壊、移動、除去等の方法により土地の境界の認識を不在ならしめる行為を草案第三七一条は現行法二六二条ノ二とひとしくこれを財産犯として規定しているが、むしろ交通取引を害する罪として捉らえ文書偽造の罪第八章において規定すべきであろう。ドイツ刑法は文書偽造罪の章中にこれを規定している。(同法第二七四条二項)。

草案の規定は大体において法定刑が現行法のそれより重いのは遺憾である。大砲で雀を射つべきではない。(シロエダー)。それよりも逮捕の確実性、公共福祉の充実並びに社会倫理の普及こそが犯罪の鎮圧予防に効果があると考ええる。

草案に対し強く反対されるのは平野教授である。(刑法改正案批判同氏並びに平場安治氏編)。平野教授の反対理由は多岐にわたっているが草案は刑法典に積極的責任主義(責任なければ刑罰なしという消極的責任主義とは反対に、責任あれば刑罰ありの原則)を徹底化した。これは絶対的応報刑の別名である。…国家机关の犯罪を拡大せず。それに抵抗する側の犯罪を拡大している。殊に行為者類型を導入している。常習として規定せず常習犯という行為者類型を各則に持込もうとしている…。しかし草案は積極的責任主義を採用しているかは問題であるだろう。

却って社会的にも道義的にも罰すべき行為を犯罪として処罰していない行為が相当にあると考える。⁽¹⁾ 国家機関の犯罪を拡大せず、これに抵抗する側の犯罪を拡大している批判は傾聴にべきである。

なお草案に対しては日本弁護士連合会の意見書（昭和四九年発行）。第二東京弁護士会の意見書（昭和四八年発行）がある。立法の参考になる点を列挙し批判している。

注（１） その例は已に紹介したが、わたくしは前科あるの一事で社会が他と差別扱いする行為を罰すべき規定を新設すべきであると考え。筆者は刑務所から息子が郷里に帰えることを耻と考えた親が僅かの旅費を息子に与えて異郷に迫いやり、息子は就職したが前科が主人に知れ、解雇され、衣食に窮して再び罪を重ねた被告人を審理したことがある。刑期満了して刑務所の鉄扉が開かれる瞬間から更に刑の執行が始まるような社会をいつまでも存続さすべきではないと考える。